

VU Research Portal

Wie is er bang voor de schadeclaim?

Allewijn, D.

published in

Tijdschrift voor Klachtrecht
2018

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Allewijn, D. (2018). Wie is er bang voor de schadeclaim? *Tijdschrift voor Klachtrecht*, 2018(4), 3-6.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Wie is er bang voor de schadeclaim?

Dick Allewijn

Over schadeclaims worden vaak bittere juridische gevechten geleverd. De juridische vormgeving van die gevechten is het zogenaamde toernooimodel.

In dat model zit (verdere) conflictescalatie ingebakken. Dat wordt steeds meer als problematisch gezien. Recentelijk is op enkele terreinen geprobeerd die escalatie tegen te gaan door schadeclaims in een klachtmodel onder te brengen. Dick Allewijn neemt enkele aspecten daarvan onder de loep.

Een waar gebeurd verhaal. Vriendin Marijke heeft zich aan haar ogen laten opereren. Er zijn nieuwe lensjes ingezet, dan hoeft zij geen bril meer te dragen. Vooraf heeft haar oogarts haar verzekerd dat er aan deze operatie nauwelijks risico's verbonden waren, maar toch is er iets misgegaan. Sindsdien is ze met haar ogen gaan tobben. Ze kan het licht moeilijk verdragen, eigenlijk moet ze nu altijd een zonnebril op. Ze rijdt geen auto meer. En af en toe moet ze haar werk verzuimen. Een hersteloperatie heeft maar matig geholpen.

Marijke en haar oogarts zien en spreken elkaar van tijd tot tijd, want ze komt regelmatig op consult. Ze heeft nog steeds vertrouwen in hem, want hij is heel open over wat er is misgegaan. Maar soms betwijfelt ze of hij wel beseft hoeveel impact haar oogklachten op haar leven heeft. Ze zet haar verhaal op papier en op een volgend consult vraagt ze er aandacht voor. De oogarts schrikt, en Marijke vraagt vriendelijk: 'Is er ook iets van een compensatie mogelijk?' Haar oogarts antwoordt: 'Je kunt het formele traject in, maar waar denk je aan? Zet het eens op een rijtje, dan bespreek ik het in mijn team.'

Marijke zet het allemaal op een rijtje en schrikt zelf van de optelling: verzuimde werkdagen, taxiriten, eigen risico ziektekostenverzekering, het telt door de jaren op tot tienduizenden euro's. Ze zet de optelling op papier en beschouwt dit document als een onderbouwing van haar behoefte aan genoegdoening. Ze wil hiermee

laten zien wat de gevolgen van de gebeurtenis voor haar leven zijn. Ze is er niet op uit om te claimen, en ze hoeft zeker niet het onderste uit de kan. Bij een volgend consult heeft de oogarts de kwestie aan zijn collega's voorgelegd. De maatschap is bereid een bedrag van € 5.000 op tafel te leggen. Niet als schuldbekentenis, maar als gebaar. De maatschap maakt het bedrag sowieso over, ongeacht welk traject er nog volgt. Wil Marijke meer, dan moet de maatschap de zaak doorspelen naar haar verzekeraar. Marijke twijfelt. Ze waardeert het gebaar, en ze waardeert vooral dat het bedrag sowieso wordt overgemaakt, maar het bedrag is lager dan ze zich had voorgesteld. Aan de andere kant: een formeel traject met een verzekeraar, daar zit ze niet op te wachten. Ze neemt positie in: ze is bereid genoeg te nemen met € 10.000 (met als uitzondering het geval waarin ze als gevolg van haar oogklachten arbeidsongeschikt zou worden). Na intern beraad stemt de oogarts toe.

Een precair proces. Arts en patiënt zijn met elkaar in contact gebleven en de zaak is (al dan niet voorlopig) voor beiden op een goede manier afgesloten. Maar het had zomaar kunnen gebeuren dat Marijke met haar ongenoegen naar een juridisch adviseur was gegaan, of dat de oogarts defensief had gereageerd en haar meteen naar het formele traject had verwezen. Een klacht of een claim. Dan was het juridiseringswiel gaan draaien, en was, terwijl vaststond dat er iets fout was gegaan, de vraag aan de orde gekomen of er iets fout was gedaan.

Klacht, claim en conflict

Dit verhaal speelde zich af in mijn vriendenkring. Voor een conflictprofessional altijd nuttig om te zien hoe, in een periode waarin er (nog) geen klacht en (nog) geen claim is, partijen hun uiterste best doen om te voorkomen dat zij tegenover elkaar komen te staan. We zien hier de hoofdregel, namelijk dat mensen en instanties hun problemen het liefst samen oplossen, dat zij daar ook competent toe zijn, en dat het belanden in formele procedures voor de meesten een rampscenario is. We weten dat, maar het is goed dat van tijd tot tijd bevestigd te zien.

Het is betrekkelijk toevallig wat voor geschil er ontstaat uit het conflict

Aan het verhaal is ook te zien dat het indienen van een klacht of een claim niet per se een conflictueuze handeling hoeft te zijn. Onder conflict versta ik hier een belangentegenstelling waarbij ten minste een van de partijen het gevoel heeft dat de ander hem dwarsboomt. Het zal duidelijk zijn dat dat gevoel in het geval van Marijke en haar oogarts makkelijk bij een van de twee kan ontstaan. Marijke zal zich gedwarsboemd voelen als de oogarts haar meteen, zonder eerst met haar te onderhandelen over een bedrag voor genoegdoening, naar zijn verzekeraar verwijst. De oogarts zal zich gedwarsboemd voelen als Marijke hem zonder toelichting haar opstelling van geleden schade (tot een bedrag van tienduizenden euro's) toestuurt.

De defensieve reactie, volgend op het gevoel door de ander te worden gedwarsboemd, zet het proces van actie en reactie in werking dat we conflictescalatie noemen. In dat proces stellen partijen zich steeds meer tegenover elkaar op. De verwijten over de bejegening worden steeds zwaarder aangezet, de bereidheid om verantwoordelijkheid te nemen voor eigen gedrag verdwijnt, de claim wordt verhoogd, en de bereidheid om (deels) aan die claim te voldoen neemt af. De kwestie wordt geframed in termen van behoorlijkheid, rechtmatigheid en aansprakelijkheid. Het conflict transformeert in een geschil.

Klacht en klagen, claim en claimen

Wat je aan het verhaal ook kunt zien, is dat het betrekkelijk toevallig is wat voor geschil er ontstaat uit het conflict. Dezelfde kwestie kan leiden tot een klacht bij de klachtbehandelaar, een claim bij de organisatie of de verzekeraar, of een tuchtzaak bij het tuchtcollege. In

hoog geëscaleerde conflicten worden al deze strijdpartijen betreden.

Uiteraard is niet elke klacht, zelfs niet elke claim, en misschien zelfs niet elk beroep op een tuchtcollege, een conflictuiting. Klachten hoeven niet per se een menselijke gedraging te betreffen, maar kunnen ook gaan over gedane beleidskeuzes, de toepasselijke procedures en werkprocessen of – in toenemende mate – de digitale weg die men heeft moeten bewandelen bij het benaderen van een instantie. De toonzetting kan dan geërgerd zijn, maar niemand hoeft zich aangesproken te voelen, een defensieve reactie kan uitblijven, en een adequate klachtbehandeling kan de ergernis wegnemen. Niet elke klacht is een aanklacht.¹

Maar als het proces van conflictescalatie eenmaal is aangevangen, doen de professionals die daarbij betrokken zijn er goed aan om pogingen te doen tot de-escalatie. Dat inzicht is inmiddels wijd verbreid. En omdat conflictescalatie bestaat uit conflictueuze gedragingen over en weer, kunnen professionals zich het beste concentreren op het gedragsmatige aspect. Dus niet primair kijken naar de (gegrondheid van de) klacht of de (gerechtvaardigdheid van de) claim, maar naar het klagen en het claimen. Of, als het conflict wederkerig is geworden, naar het klagen en het verweren, naar het claimen en het betwisten. Minder kijken naar het dispuut, meer naar het disputeren.

Klachtbehandeling/conflicthantering

Als de klacht ziet op de gedraging van een individu, kan degene die de klacht behandelt ervoor kiezen de klager en de beklagde met elkaar in contact te brengen. De klager kan dan rechtstreeks de beklagde aanspreken, en de beklagde kan terugpraten. Dat biedt, mits goed begeleid, de meeste kans op herstel en genoegdoening. De persoon op wiens gedraging de klacht betrekking heeft, krijgt immers rechtstreeks feedback op zijn gedraging, en dat kan een nuttige leerervaring zijn. Heeft de beklagde persoon ook iets op zijn hart, dan kan hij dat op tafel leggen. Het tweezijdig maken van een gesprek naar aanleiding van een klacht kan een belangrijk element zijn van de conflictoplossing. Een spel van 'aanvallen en verdedigen' kan dan immers worden getransformeerd in een gesprek waarin beiden in beweging komen. Dat de klager iets moet geven om te krijgen wat hij verlangt (excuses, genoegdoening of gedragsverandering van de beklagde), heeft een empowerend effect op beiden. De procesbegeleider, liefst (iemand met de competenties van) een mediator, kan bewaken dat het gesprek op herstel van de verhoudingen gericht blijft, en niet onttaardt in een twistgesprek over de gegrondheid van de klacht.

Dit geldt bij niet al te hoog geëscaleerde conflicten. Bij hoog geëscaleerde conflicten ('vijandschap') zijn herstel of genoegdoening niet meer de primaire focus van partijen, maar gaat het hen erom van de ander te winnen. En dus om de ander te laten verliezen.

Inhoudelijke issues in klachtprocedures

Klachtprocedures zien meestal op gedragingen van de beklaagde, en niet op materiële aanspraken van de klager. Maar op twee belangrijke domeinen zien we dat financiële claims uit de sfeer van het aansprakelijkheidsrecht met bijbehorende procedures worden gehaald, en in klachtprocedures worden ondergebracht. Ik heb het hier over de Wet Kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz)² en over het protocol voor de mijnbouwschade in Groningen.³ De procedure die normaal gesproken bij schadeclaims hoort is de civielrechtelijke dagvaardingsprocedure. Die procedure is gericht op het in goede banen leiden van strijd. Men spreekt tegenwoordig ook wel van het toernooi-model. Dit procesmodel is eigenlijk alleen geschikt voor gevallen waarin de partijen aan het begin van de procedure al in vijandschap tegenover elkaar staan. Voor die gevallen is het een eerlijk proces. Het is erop gericht dat de rechter, na toepassing van hoor en wederhoor, uitspraak doet volgens de regels van het recht. Voor partijen die aan het begin van de procedure nog niet als vijanden tegenover elkaar staan, heeft de civielrechtelijke procedure, juist door het actie-reactiepatroon dat door toepassing van hoor en wederhoor ontstaat, een escalerende werking. Zij bevordert dus de vijandschap, hetgeen bij medische claims en bij claims van Groningse aardbevingsslachtoffers leidt tot versterking van het gevoel slachtoffer te zijn (secundaire victimisatie). Nu wordt dan in deze gevallen een klachtprocedure geopend. In de mijnbouwkwesties is dat een klachtprocedure die zich rechtstreeks op de inhoud richt: de overheid neemt bij besluit een standpunt in over de te vergoeden schade, en dit standpunt kan in de procedure worden betwist. In de medische zaken wordt het debat over een toe te kennen schadebedrag ondergebracht in de klachtprocedure die ziet op gedragingen. De verwachting is dat daardoor de zorgaanbieder zelf een standpunt inneemt over te vergoeden schade, en die kwestie minder snel aan zijn verzekeraar zal overlaten. Daardoor wordt onnodige jurisdisering voorkomen en blijft een verband bestaan tussen de psychologische belangen die in de klacht over de gedraging aan de orde zijn en de materiële belangen die in het verzoek om schadevergoeding op het spel staan.

Verwachtingen

Wat kunnen we verwachten van deze beweging? Ik zie risico's en kansen.

(Foto: Tashatuvango)



Risico's

De beweging om de beoordeling van materiële aanspraken in het kader van klachtbehandeling onder te brengen, brengt bedreigingen met zich mee voor het probleemoplossend vermogen van die procedures. Partijen worden immers uitgenodigd standpunten in te nemen over geldelijke aanspraken. Het innemen en beargumenteren van standpunten heeft op zichzelf al een escalierend effect. En als die standpunten over geldelijke aanspraken gaan, heeft het ook een sterk juridiserend effect. Al gauw gaat het debat niet meer over welke vergoeding passend is, maar over welke vergoeding rechtens verschuldigd is. Zie het voorbeeld van Marijke. Komt zij er met haar oogarts niet uit, dan zal zij in een procedure al gauw een vergoeding van haar volledige schade claimen. Haar oogarts zal op die claim reageren door te betwisten dat hij een beroepsfout heeft gemaakt, en zich (in het beste geval) op het standpunt stellen dat hij na zijn coulancebetaling tot niets verplicht is. Het zal voor de klacht- en claimbehandelaar niet meevallen om zich buiten dit debat te houden, om geen positie in te nemen over de gegrondheid van de claim, en te blijven kijken naar het gedrag van betrokkenen: het claimen en het betwisten van de claim. In een debat over geldelijke aanspraken gaan waarden als procedurele rechtvaardigheid, de feedbackfunctie van de klacht en het herstel van verhoudingen maar al te makkelijk ten onder.

Kansen

Inhoudelijke claims (en het betwisten daarvan) houden vrijwel altijd verband met een onderstroom van negatieve emoties, teleurgestelde verwachtingen, wantrouwen en oud zeer. In procedures waarin alleen de inhoudelijke claims worden beoordeeld, is

er vaak weinig aandacht voor die onderstroom. Met als gevolg dat de strijd doorgaat en het wederzijdse ongenoegen in stand blijft. Klachtprocedures waarin alleen die onder stroom aan de orde is, hebben weer als nadeel dat daarin voor de materiële consequenties weinig ruimte is. Excuses kunnen daardoor als gratis worden ervaren, en een eventueel herstel van de goede verhoudingen wordt bedreigd door een opnieuw opblazen van de strijd over de materiële consequenties.

Er is dus toch wel iets voor te zeggen om de materiële kwesties en de conflictueuze onderstroom in één procedure te adresseren. Nodig is dan wel dat de aangeklaagde institutie en de klachtbehandelaar de competenties hebben om niet mee te gaan in de escalatie en de juridisering die ontstaan als zij defensief reageren op claims die, onder invloed van niet geziene emoties, worden uitgebreid en – in hun ogen – opgeblazen. Niet defensief reageren is dus het credo voor de verwerende institutie. Schakelen tussen de inhoudelijke issues en de emotionele onderstroom, geldt dan voor de klachtbehandelaar.

Voor de klachtprocedure voor de Groningse aardgasslachtoffers geldt dus: bij de klacht die als claim binnenkomt, ook aandacht besteden aan de (ongetwijfeld grote) emotionele onderstroom. Voor de klachtprocedure in de gezondheidszorg geldt: aandacht voor emoties, gedrag én vergoeding.

Schakelen

Het schakelen tussen inhoud en onderstroom is de kerncompetentie van mediators.⁴ Door zorgvuldig bij beiden op zoek te gaan naar de inhoudelijke, procedurele en psychologische belangen die schuilgaan onder het inhoudelijk geschil kan het gesprek op de niet geziene emoties aan beide kanten worden gebracht. Als op dat niveau herstel plaatsvindt, kan vervolgens een reëel, niet conflictueus gesprek over de toe te kennen vergoeding worden gevoerd.

Stel dat het tussen Marijke en haar oogarts uit de hand loopt. Marijke zal haar claim maximaliseren en het resultaat als schadevergoeding vorderen. Haar standpunt gaat luiden: de zorgaanbieder heeft mij benadeeld en moet mijn volledige schade vergoeden. Het standpunt van de oogarts zal luiden: ik ben niets verschuldigd, want ik heb niets fout gedaan. In een zorgvuldig interview over de onderliggende belangen (in mediatie wel een schilgesprek genoemd) zullen beiden weer bij hun drijfveren en hun teleurstellingen komen: 'Zie hoe ik er aan toe ben', zal Marijke vragen. 'En neem verantwoordelijkheid voor de rol die u daarin gespeeld hebt.' 'Zie dat ik mijn uiterste best heb gedaan en aanvaard dat er nu eenmaal dingen mis kunnen gaan', zal haar oogarts vragen. De psycholo-

gische belangen van beiden kunnen worden uitgesproken: gezien worden, genoegdoening, erkenning, eer.⁵ 'Wij willen graag dat deze kwestie op een goede manier eindigt' zullen beiden misschien tegen elkaar kunnen zeggen. Als het gesprek op dat niveau komt, bestaat er een kans dat zij hun conflict bijleggen, en tot een schadevergoeding komen die voor hen beiden goed is. Moet de behandelaar toch beslissen, dan is de kans dat beiden die beslissing aanvaarden, optimaal. Klachtbehandelaars met de competentie om dit soort gesprekken te voeren, hoeven niet bang te zijn voor de schadeclaim. Hoe eerder dit gesprek gevoerd wordt, hoe groter de kans op een goede afloop voor beiden.



Noten

- 1 Ik dank Ninke van der Kooij voor het scherpstellen van dit inzicht.
- 2 Zie B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *Tijdschrift voor vergoeding personenschade* 2017, nr. 3.
- 3 Zie G. Kuipers en M. Tjepkema, "Publieke regie" in Groningen, publiekrechtelijke schade afhandeling en het vertrouwen in de overheid', *NJB* 2017, nr. 29, en J. van de Bunt en M. Tjepkema, 'Een nieuw schadeprotocol voor de mijnbouwschade in Groningen', *NJB* 2018, nr. 12.
- 4 Zie meer uitvoerig mijn oratie: *Tussen recht en vrede. Mediation in de responsieve rechtsstaat*, oratie VU, Den Haag: Sdu 2018.
- 5 In het juridisch domein bestaat vaak meer belangstelling voor de materiële belangen dan voor de psychologische. Aan de auteurs van het standaardwerk over belangen georiënteerd onderhandelen, Fisher, Ury en Patton (*Excellent onderhandelen*), ligt dat niet: 'De krachtigste belangen zijn elementaire menselijke behoeften. Als je zoekt naar elementaire belangen die schuil gaan achter een uitdrukkelijk ingenomen positie moet je vooral kijken naar de fundamentele motieven van alle betrokkenen. Als je met zulke elementaire behoeften kunt afrekenen, vergroot je de kans dat een overeenkomst tot stand komt en, als er een overeenkomst is bereikt, bovendien, dat de andere partij zich eraan zal houden.' (uitgave 1997, p. 69). Zij noemen als voorbeelden de volgende elementaire menselijke behoeften: geborgenheid, financieel welzijn, een gevoel dat men erbij hoort, erkenning, invloed op het eigen leven.

Prof. mr. D. Allewijn is MfN-registermediator, trainer en bijzonder hoogleraar mediation aan de Vrije Universiteit Amsterdam.